Yndice



POR

DON BARTHOLOME MAROTO, Y CONſortes vecinos de la Ciudad de Malaga, hijos, y herederos de Don Juan Maroto.

EN EL PLEYTO

CON DOÑA MARIA LASO VECINA ASSImiſmo de dicha Ciudad,

SOBRE

PRETENDER, QUE SIN EMBARGO DE LA nueva viſta de ojos, y Paño de Pintura hecho de pedimento, y à coſta de la D. Maria Laſo, ſe les reintegre en las Tierras, y Viñas, de que ſe les ha deſpojado, declarando por nula la dicha diligencia, y confirmando el Auto proveido por la Sala en el dia veinte de Diziembre de el año de mil ſetecientos, y veinte y tres; y que aſsimiſmo ſe le condene en las coſtas à la Doña Maria por el defecto de juſta cauſa para inquietar al D. Bartholomè, y conſortes.

1. UANDO LA VERDAD NO SE DEfiende ſe pone con evidencia à el rieſgo de que la conturbe vna falazia, ò de que vna ſutileza la deſtronque; aſsi lo aſegura el texto *in cap. Error.* 3. *diſtinction.* 83. ibi: *Veritas, cum minimè defenſatur, oprimitur*: Y en los pleytos lo miſmo es eſtar negligente en las defenſas, que favorecer en ſu pretenſion à las contrarias: *Negligere quippè, cum poſsis deturbare perverſos, nihil aliud eſt quàm fovere*; proſigue el referido texto.

2. Eſta conſideracion mueve à el Don Bartholomè, y ſus hermanos à moleſtar à V. S. ſuplicandole tenga el trabajo de oirles por eſcrito ſus defenſas ſiguiendo el dictamen del Emperador Juſtiniano *in* §. 9. *inſtit. lib.* 3. *tit.* 6. ibi: *Sed cum magis veritas oculata fide, quàm per aures animis hominum infigatur*: Y por no dilatar el diſcurſo de eſte Informe no ſe hazen preſupueſtos en el hecho, aunque ſe referirà el que fuere neceſſario en la parte, y lugar, que convenga, ajuſtandonos à lo que de èl verdaderamente reſultare para la mejor inteligencia.

3. Y para proceder con mayor claridad ſe dividirà en quatro Articulos: En el primero ſe fundarà la ninguna accion, que reſide en la Doña Maria Laſo para aver intentado ſu Demanda: En el ſegundo, que el referido Apèo, y Medida hecho por Receptor de eſta Corte en Enero del año de 720. de orden de la Sala, y que ſe aprobò por eſta en el dicho dia veinte de Diziembre del referido año de 723. eſtà arreglado à los limites, y linderos, que ſe dieron à las Tierras, que compuſieron con la parte de S. M. aſsi Juan Gomez de Orellana primero Autor de parte, de las que tiene titulo la Doña Maria, como el Capitan Martin de Gigena Santiſteban primero Autor del Don Bartholomè, y Conſortes: En el tercero ſe fundaràn las nulidades, y confuſsion, que contiene la dicha viſta de ojos, y Paño de pintura hechos à pedimento, y à coſta de la Doña Maria: y en el quarto, y vltimo, como por conſequencia, ſe fundarà no ſolo, que ſe debe confirmar el dicho Auto de la Sala del referido año de 23. ſino es tambien condenar en las coſtas à la Doña Maria Laſo, por el notorio defecto de accion, y de juſta cauſa para aver pueſto la Demanda, y continuar el Pleyto.

ARTICULO I.

4. NO se puede dudar, que la accion deducida por la Doña Maria Laso en este Pleyto, es la accion *finium regundorum*, pues es, la que por derecho se halla prevenida siempre que se trata de apear, y deslindar tierras confinantes para venir en conocimiento de lo que à cada vno de sus dueños toca, y pertenece, como sucede en este Pleyto: *vt sunt text. in* §. 20. *Institut. lib.* 4. *tit.* 6. ibi: *Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent*: vbi omnes Institutistæ: *& in leg.* 4. *& in leg.* 8. *in principio: & in* §. 1. *ff. fin. regundor. doc.* Paz *in prax. tom.* 3. *cap.* 1. §. 8.

5. Tampoco se puede dudar, que esta accion solo compete à el que tiene dominio, ya sea pleno, ya vtil, *veluti Emphiteutica riis, & Beneficiariis*, ò al vsufructuario, ò A creedor, que possee *jure pignoris*: es terminante la *ley* 4. §. *finium. ff. fin. regundor.* ibi: *Finium regundorum actio & in agris vectigalibus, & inter eos, qui vssum fructum habent, vel fructuarium, & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos, qui jure pignoris possident competere potest*, *& ex ea doc.* D. Pichard. *in dict.* §. 20. *Institut. lib.* 4. *tit.* 6. *num.* 45. *&* Monte *de finib. regund. cap.* 28. *ex num.* 1.

6. Y no siendo la Doña Maria Laso dueña de todas las cinquenta fanegas de Tierra del Marco de esta Ciudad de Granada en el termino de la Villa de Comares Partido del Barranco del Higueron, que con la parte de S. M. en 14. de Octubre del año passado de seiscientos y treinta y seis compuso el dicho Juan Gomez de Orellana en precio de diez y seis mil ciento y cinquenta maravedis, ni menos tener otro derecho à todas ellas, como el de vsufructo, Emphyteuticario, ò hypotecario; nunca pudiera competirle la accion *finium regundorum* deducida para los Apèos, y medidas hechos en estos Autos, suponiendo para ello no estàr cabales las dichas cinquenta fanegas de Tierra, por aver vsurpado parte de ellas Don Juan Maroto Padre del Don Bartholomè, y sus hermanos,

7. Que no sea la Doña Maria Laso dueña, ni tenga otro derecho à todas las cinquenta fanegas de Tierra, se evidencia de los mismos Autos, pues de ellos solo consta ha comprado diferentes partes de la division, y particion, que de dichas tierras se hizo entre los hijos, y nietos del dicho Juan Gomez de Orellana, como son veinte y quatro Obradas de viña

poco

poco mas, ò menos con vna parte de casa, que Doña Ana Sanchez del Pozo vecina que fue de dicha Ciudad de Malaga, y viuda de Phelipe Gomez de Orellana hijo del Juan Gomez Compositor, vendiò à la Doña Maria Laso por Escriptura publica, que se otorgò en dos de Enero del año de mil setecientos y quinze por ante Diego Garcia Calderon Escribano del numero de dicha Ciudad en precio de mil ciento y cincuenta ducados; las quales dichas veinte y quatro obradas de viña, y parte de Casa se le avian adjudicado con otros bienes à la dicha Doña Ana Sanchez del Pozo en pago de la Dote, que llevò à el Matrimonio, que contraxo con el dicho Phelipe Gomez de Orellana, y de otros derechos, en la particion, que se hizo de los bienes, que quedaron por muerte del susodicho, que fue aprobada por la Justizia de dicha Ciudad en seis de Septiembre del año de mil setecientos y diez: cuya viña es parte de las dichas cincuenta fanegas de Tierras, que el Juan Gomez de Orellana compuso, segun se expressa en dicha Escriptura del referido año de setecientos y quinze.

8. Otras dos obradas de viña con otra parte de la dicha Casa, que Dionysio Mathias Gonzales, y Doña Maria Gomez de Orellana su muger hija de los dichos Phelipe Gomez de Orellana, y Doña Ana Sanchez del Pozo vendieron à la dicha Doña Maria, Laso en el mismo dia dos de Enero, y año de setecientos, y quinze por Escriptura, que se otorgò por ante el dicho Diego Garcia Calderon en precio de ciento, y diez ducados, que se le avian adjudicado à dicha Doña Maria Gomez en la referida division, y particion, que se hizo por muerte del referido su Padre de los bienes de este.

9. Otra Obrada de viña con otra parte de dicha Casa, que Francisco, y Diego Gomez de Orellana hijos tambien de los dichos Phelipe Gomez, y Doña Ana Sanchez del Pozo vendieron à la referida Doña Maria Laso en siete de dicho mes de Enero, y año de quinze en precio de setecientos reales de vellon, que les tocò en la dicha cuenta, y particion por muerte del dicho su Padre fecha. Otra obrada de viña, y parte de dicha Casa, que en diez, y siete de dicho mes de Enero vendiò à la Doña Maria Laso en mil y cincuenta reales vellon Phelipe Gomez de Orellana, que tambien le tocò en dicha particion, como à vno de los hijos del dicho Phelipe Gomez.

10. Y assi mismo diez, y seis Obradas de viña, y vna fanega de tierra Monte, que Don Pedro Alburqueque vecino

que fue de dicha Ciudad en el dia ocho de Mayo del año de mil setecientos y vno comprò de Doña Juana Vicencia viuda en terceras nupcias de D. Mathias Balzès, y à Don Joseph, y Doña Maria Balzès hijos del dicho Don Mathias, y de Doña Maria Ramos su primera muger, las quales el dicho Don Pedro Alburqueque (plantada ya de viña la dicha fanega de Tierra Monte) por Escriptura, que otorgò ante el dicho Diego Garcia Calderon en catorze de Diziembre del año de setecientos, y catorze vendio à la Doña Maria Laso en precio de mil trescientos y cincuenta y quatro ducados; que dichas diez y seis Obradas, y fanega de Tierra son parte de la composicion, del dicho Juan Gomez de Orellena, y fueron recayendo en distintos posseedores hasta en el dicho Don Pedro Alburqueque autor de la Doña Maria Laso.

11. De forma, que atendidas, todas las Escripturas antecedentes, viene à tener solamente la Doña Maria Laso titulo en quarenta y quatro Obradas de viña, y en la dicha fanega, que plantò de viña el referido Don Pedro Alburqueque; y el cumplimiento hasta el todo de dichas cincuenta fanegas se halla las posseen oy actualmente otros compradores, que las obtuvieron de los herederos del dicho Juan Gomez, pues es notorio, que Diego Gomez de Orellana nieto del Juan Gomez vẽdiò la parte, que le tocò como heredero de su abuelo, à Don Juan de Casamayor vecino de dicha Ciudad, que possee oy las tierras, que compuso Francisco Bermudez con la parte de S. M. las quales lindan con las dichas cincuenta fanegas por la Fuente del Juncar.

12. Y assimismo es notorio, que Doña Ana de Aguirre, vecina de dicha Ciudad possee otra parte de tierra de la compossion del Juan Gomez de Orellana: de que resulta, que no teniendo la Doña Maria mas que quarenta y quatro Obradas, y la fanega de Tierra plantada de viña, siendo incierto, y contrario à el hecho verdadero, que es el que và referido, el ser dueña, ò tener otro derecho à todas las dichas cincuenta fanegas de Tierra, nunca pudiera aver pretendido los Apèos, y deslindes, que se han hecho, como no parte legitima, ni la reintregacion de las que supone vsurpadas à el todo de dichas cincuenta fanegas, pues para dicha pretẽsion, y demanda era necessario fuera dueña legitima de todas ellas, ò à lo menos tuviera dominio vtil, ò fuera vsufructuaria, ò tuviera derecho hypotecario, ò emphyteuticario, cõforme à las decisiones de los textos express ados *supra num.* 5.

Con

13. Conque concurre, que teniendo la Doña Maria Laſo completas, y cabales las dichas quarenta y quatro Obradas de viña, y fanega de Tierra, de que ſolamente es dueña, pues eſto nunca ſe ha negado, ni pudiera, atendiendo à que en el dicho año de ſetecientos y catorze, que fue en el qne la Doña Maria comprò primeramente las dichas diez y ſeis Obradas, y fanega de tierra à el Don Pedro Alburqueque, las tierras, ſobre que òy es el Pleyto, y que ſe ſuponen vſurpadas, eſtaban ya plantadas de viña por el dicho Don Juan Maroto, como ſe expreſſa en la referida Eſcritura de venta otorgada por el dicho Don Pedro Alburqueque.

14. Aun quando à las demàs tierras cumplimienro à el todo de dichas cincuenta fanegas, que poſſeen los dichos Don Juan de Caſamayor, y Doña Ana de Aguirre, les faltarà algunas, que ſe niega; nunca pudiera la Doña Maria Laſo pedir la reintegracion de eſta falta, como que eſte era derecho de tercero, por lo que ſe hallàba inhabil para deducirlo en juycio: *Text. eſt in leg. Loci corpus.* §. *competit.* *ff. Si ſervit. vindicet.* doc. Carlebal *de Judic. tit.* 2. *diſputat.* 4. *num.* 27. & Barboſſa *de Clauſul. vſſufrequent. clauſul.* 23. *num.* 1. ibi: *Perſona non dicitur habilis ad comparendum, nec audiri debet niſi conſtet de ſuo intereſſe, hoc eſt, ſe jus aliquod in cauſa habere.*

15. Sin que obſte, que por la Doña Maria ſe diga, que en la referida Eſcriptura de venta otorgada por dicha Doña Ana Sanchez del Pozo en el referido año de ſetecientos y quinze ſe le hizo ceſsion de todos los derechos, y acciones, que le pertenecian contra qualeſquier perſonas, que le huvieran vſurpado, ò detentado algunas partes de Tierra, ò viña de la dicha Heredad, que aſsi le vendiò, por lo que en fuerza de dicha ceſsion ſe dexaba entender hallarſe dicha Doña Maria con derecho adequado, y ſuficiente para aver demandado à dicho Don Juan Maroto, y por muerte de eſte continuado el pleyto con el Don Bartholomè, y ſus hermanos, pretendiendo la dicha reintregacion de las Tierras, que ſupone vſurpadas à el todo de dichas cincuenta fanegas.

16. Por que la referda ceſsion, que à favor de la Doña Maria hizo la dicha Doña Ana Sanchez del Pozo fue regulada, y terminada à las dichas veinte y quatro Obradas de viña, que aſsi le vendiò, eſto es, contra qualeſquier perſonas, que le huvierá vſurpado, ò detentado algunas partes de Tierra de las dichas veinte y quatro Obradas ſolamente, ſin eſ-

cen-

tenderſe la dicha ceſsion à comprehender el todo de dichas cincuenta fanegas, como es literal de la miſma Eſcriptura: ibi: *La vende, y dà en venta real por Juro de Heredad deſde aora para ſiempre à Doña Maria Laſo que eſtà preſente, vecina de eſta Ciudad, y para los ſuyos con todos los derechos, y acciones, que à ella tiene, y le pertenecen, y pueden tocar, y pertenecer por qualeſquier titulo contra todas, y qualeſquier perſonas, que le huvieren vſurpado, ò detentado algunas partes de Tierra, ò viña de la dicha Heredad* (id eſt, de las dichas veinte y quatro Obradas de viña, y parte de caſa) *en qualeſquier tiempo.*

17. Y aun quando inadvertidamente ſe huviera hecho ceſsion à la Doña Maria por la dicha Doña Ana Sanchez del derecho, que le pertenecia, para la reintegracion no ſolo de las Tierras, que ſe huvieran vſurpado à dichas veinte y quatro Obradas, ſino es tambien de las que ſe huvieran vſurpado à el todo de dichas cincuenta fanegas; nunca pudiera extenderſe la dicha ceſsion à mas que à las que ſe huvieran vſurpado de dichas veinte y quatro Obradas, reſpecto à conſtar de la miſma Eſcritura de vẽta era ſolamente dueña la dicha Doña Ana Sanchez de las veinte y quatro Obradas de viña, y parte de caſa, por lo que ſolo por lo reſpectivo à eſtas pudiera ſubſiſtir dicha ceſsion, mas no por lo que mira à las demàs tierras cumplimiento à dichas cincuenta fanegas, pues en eſte reſiduo no tenia la dicha Doña Ana derecho alguno, que poder ceder à la Doña Maria, por ſer tierras agenas, y que las poſſeian otros particulares, lo que es conforme à las diſpoſsiciones de derecho, que previenen, que ninguno pueda transferir, ni ceder à otro mas derechos, que aquellos, que en sì tiene, y le tocan, y pertenecen: *ut ſunt text. in leg.* 20. *ff. de Adquir. rer. domin.* ibi: *Traditio nihil ampliùs transferre, debet vel poteſt ad eum, qui accipit, quàm eſt apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: ſi non habuit ad eum, qui accipit, nihil transfert*: & in *leg.* 54. *ff. de Reg. jur.* ibi: *Nemo plus juris in alium transferre poteſt, quàm in ſe habet*: & in *leg. Si filius. C. de Donationib.* & in *leg.* 2. *C. de Pœnis*: & in *leg.* 1. *C. Qui pro ſua juriſdiction.* & in *cap. Nemo poteſt.* 79. *de Reg. jur. in* 6. & in *cap. Quo modo. de conſecration. diſtinction.* 4. & in *cap. Quod autèm, de Jur. patronat.*

18. Y eſtando, como eſtàn cabales no ſolo las dichas veinte y quatro Obradas de viña, que dicha D. Ana Sanchez vendiò à la referida Doña Maria, mas tambien las de-

demàs Obradas hasta el cumplimiento à dichas quarenta y quatro Obradas, y fanega de tierra plantada de viña, como queda dicho *sup. num.* 13. à que solo tiene titulo dicha Doña Maria, es sin duda el ningun derecho, que en esta reside para pedir dicha reintegracion, el notorio defecto de accion, conque ha intentado su injusta demanda, y continuado este pleyto, y por consiguiente no ser parte formal ni legitima para èl.

ARTICULO II.

19. ES CIERTO, QUE LA PROBANZA DE linderos antiguos es tan dificil por su naturaleza, como dixeron el Señor Valenzuela *Consil.* 100. *num.* 34. Hermosilla *in leg.* 24. *titul.* 5. *partit.* 5. *glos.* 2. *num.* 55. & Mascard. *de Probationib. conclus.* 393. *ex num.* 1. que son bastantes probanzas presumptivas, congeturables, è imperfectas *ad confidendas plenam probationem : est glossa in cap. Cum causam* : Verbo : *Adminicula* : *de Probationib.* & tenent. Mont. *de Finib. regund. cap.* 50. *per totum*: D. Valenz. & Hermosilla *in locis jam relat.*

20. Y aunque conforme à esta verdadera, y segura conclusion les vastaba à el Don Bartholomè, y sus hermanos para aver probado la identidad de las lindes, que se dieron à las tierras, à que tienen titulo, y que compuso con la parte de S. M. en el año de seiscientos y quarenta y tres el dicho Capitan Martin de Gigèna Santisteban primero Autor de los susodichos, que fueron treinta y seis fanegas de tierra en el Partido del Higueròn, y Barranco de èl, probanzas presumptivas, y congeturables, con todo esso para mayor satisfaccion las tienen concluyentes, y perfectas.

21. Es, pues, vna de las pruebas la Escriptura de composicion de el dicho Capitan Martin de Gigèna, de la que consta se deslindaron entonces las dichas treinta y seis fanegas de tierra en esta forma : empezando por la parte del medio dia en el camino, que de Malaga và à Comares, orilla de las suertes de Poblacion, que eran de Francisco Garcia, donde se hizo vn mojòn continuando el camino abaxo azia Comares, dexandolo por lindero hasta llegar à otra suerte de

Poblacion, que comprò el componedor de Francisco de Escaño, prosiguiendo el camino abaxo hasta llegar à las tierras, que eran de Francisco Diaz, y desde estas tierras se continuò vn arroyo ordinario abaxo por la parte de Levante, lindando con tierras de el dicho Francisco Diaz, y con tierras de el dicho Juan Gomez de Orellana, hasta el arroyo del Higueròn por la parte de el Norte, que linda con tierras, que eran de Andrès Gonzales, que fue suerte de Poblacion de Doña Mariana de Mondragòn, y oy las possee la dicha Doña Ana de Aguirre; y se continuò el arroyo de el Higueròn arriba dexãdolo por lindero hasta llegar à laHuerta de Poblacion, que era de Doña Ana de Abanze, y oy es propria de los dichos Don Bartholomè, y sus hermanos, que està por la parte del Poniente, y desde esta Huerta se continuò hasta llegar à el dicho camino de Comares, y mojòn, donde se comenzò el deslindamiento.

22. Siendo la prueba, que resulta de este instrumento, vna de las mas seguras, y robustas en esta materia de limites, y confines como previenen el Monte *de Finib. capit. 66. num. 5. & 6.* & D. Valenzuel. *dict. Consil.* 100. *num.* 42. & 43. à que se llega, que aũque para q̃ el instrumento probara las lindes, y mojònes, era vastante la enunciacion de mojònes amovibles, y temporales, *veluti per lapides, & similia:* Paris de Puteo in verbo: *Limes, de Verbor. signification.* & tradunt omnes *in leg. inter Castellianum ff. de Recept. arbitr.* En nuestro instrumento se encuentra la asertiva de mojònes perpetuos, è invariables, como son el camino, que de Malaga và à Comares, el arroyo ordinario, y el del Higueròn, y la Huerta de Doña Ana de Abanze, dentro de los quales dichos mojònes perpetuos, y tan notables se incluyen las dichas treinta y seis fanegas de tierra, que compuso el dicho Capitan Martin de Gigèna.

23. Cuya mathematica demonstracion nunca puede cavilarse, porque es cierto, que quando en semejantes demarcaciones se acostumbra vsar de tales mojones, esto es, de mojònes no amovibles, quedan estos denotando perpetuamente la verdad, y quitando la duda, y confusion, que suele causar el tiempo con mojònes temporales, y sujetos à mudanza, y variacion: vt doctè resoluunt, Monte *de Finib. cap.* 16. & 17. D. Valenzuel. *dict. Consil.* 100. *num.* 5.

24. Tienen assimismo el Don Bartholomè, y sus herma-

manos justificada la identidad de los linderos contenidos en la dicha composicion de el referido Capitan Martin de Gigèna, baxo de los quales han posseido siempre las dichas treinta y seis fanegas de tierra, assi los susodichos, como los demàs sus Autores, con ocho testigos, el que menos de edad de cincuéta años, los quales en la probanza, que se hizo en los Autos por el dicho Don Juan Maroto en la instancia de vista, respondiendo à la segunda pregunta de el interrogatorio presentando por el suso dicho, contestes dixeron, que la Heredad de viñas, que el susodicho posseia en el sitio del Higueron es la misma, qne con la parte de S. M. compuso el dicho Capitan Martin de Gigèna en el referido año de seiscientos y quarenta y tres, que fue de treinta y seis fanegas de tierra, la que siempre avian posseido dicho Don Juan, y sus Autores baxo de los mismos linderos expressados en dicha composicion.

25. Cuyos dichos, y deposiciones son dignas de la mayor confianza; lo primero por la ancianidad de dichos testigos: vt ait Monte *de Finib. cap.* 59. *num.* 10. *&* 11. ibi: *Et senioribus magis creditur propter vitæ longitudinem, & rerum experientiam, & ideò videntur meliùs scire*: lo segundo, por las razones concluyentes, conque deponen, como son, vnos, por averse criado en dicha Heredad, y viñas, otro por tener hazienda en el mismo parage: vt ex Maschard. *de Probationib. conclus.* 385. *num.* 1. *&* 2. & ex aliis ten. D. Valenz. *dict. Consil.* 100. *num.* 37. ibi: *Vicinos, & illos, qui circùm habitant, esse meliores testes, quàm alios*, y otros, por aver visto, y conocido, que estuvo siempre el dicho Don Juan Maroto, y sus Autores en la possession de la referida Heredad de viñas, y linderos, sin cosa en contrario, ni à tal alcanzaba la memoria de dichos testigos, ni aun por oidas: vt docet, & tenet Riccius *part.* 7. *colectan.* 3096. ibi: *Testis omni exceptione major vocatur qui deponit de vissu*: y lo tercero, por conformarse en todo con la Escritura de dicha composicion del referido Capitan Martin de Gigèna, cuya circuustancia haze sean mas apreciables sus dichos, vt advertit Farinac. *de Falsitat. & simulat. quæst.* 158. *num.* 136.

26. Probada ya la identidad de los linderos de la dicha Heredad de viñas, se haze precisso examinar el dicho Apèo, y deslinde hecho por Receptor de esta Corte, en dicho año de setecientos y veinte, y si encontrassemos que los

los linderos, y mojònes, que en dicho Apèo se dieron à la referida Heredad, fueron los mismos, que se dieron quando compuso las tierras el dicho Capitan Martin de Gigèna, y que constan de la referida Escritura, y deposiciones de los testigos antecedentes, se haze justificada la pretension de los dichos Don Bartholomè, y sus hermanos, sobre que se confirme el Auto de la Sala del referido año de veinte y tres, en que se aprobò dicho Apèo.

27. Consta, pues, de los Autos, que por los terceros nombrados por dicho Receptor, à causa de la discordia, que huvo entre los Apeadores por ambas partes nombrados, se empezò el Apèo, y deslinde por donde consta de los titulos, y Escritura de composicion de el referido Capitan Martin de Gigèna se deslindaron las dichas tierras, que este compuso, que fue en el mismo modo, que llevamos expressado *sup. num.* 21.

28. Hizose tambien Apèo de las tierras de la composicion de el Juan Gomez de Orellana, por terceros, que asimismo nombrò dicho Receptor, por estàr tambien discordes los nombrados por las partes, y se ejecutò arreglandose à los linderos, que se dieron à dichas tierras, y constan en la referida composicion, que fueron por la parte de Levante el camino, que de Malaga và à Comares, por el Poniente el arroyo del Higueròn, por el Norte tierras del Higueròn de la composicion de el dicho Juan Marin Peñalba, y la Fuente del Juncar, y por el medio dia con vna cañada, que parte con tierras, que à el tiempo de la composicion eran realengas, y despues las compuso con la parte de S. M. Francisco Bermùdes, que son las que oy possee el dicho D. Juan de Casamayor.

29. De cuyos Apèos resultò, que las dichas tierras de el Don Bartholomè, y sus hermanos son las mismas que compuso dicho Capitan Martin de Gigèna, sinque se ayan estendido, ni limitado convenciendose de titulada, y justa la antigua possession de los susodichos, y sus Autores de las dichas tierras, y sus linderos, de que quedaron reintegrados; y asimismo resultò estàr cabales las dichas tierras de la composicion de el referido Juan Gomez de Orellana, y con pleno conocimiento de esta verdad en el referido dia veinte de Diziembre de dicho año de setecientos y veinte y tres se aprobaron por la Sala, y mandaron observar estos Apèos, y

des-

deslindes practicados por dicho Receptor , conforme à la dispoſsicion de la *ley* 3. *C. fin. regundor.*

30. Viendo la Doña Maria, que por tan juſta providencia, como diò la Sala, ſe hallàba deſvanecido el animo, que ſiempre ha tenido de querer apropriarſe parte de las dichas tierras de la compoſsicion del referido Capitan Martin de Gigèna, que es el objeto de ſus anhelos, continuando en los inutiles clamores, con que ſe và paſſando à obſtinacion la injuſticia, que patrocina, pues ſin reparar en las contradiciones, en que ſe funda, ni en las eſpecies voluntarias, que aplica à la de eſte pleyto, ſuplicò de dicha providencia, y con vn error de hecho, que es notorio de los Autos, pretende ſe reforme, tomando por motivo ſe le avia agraviado en el dicho deslinde hecho por el Receptor, pues no dandoſe en ſu titulo, que lo es la compoſsicion del Juan Gomez de Orellana, por diſtintivo, ni lindero el dicho arroyo ordinario, por el Receptor ſe avia buſcado, ſolo por complacer à el dicho D. Juan Maroto.

31. Lo que ſe excluye con evidencia, de que aviendoſe mandado por la Sala hazer el deslinde, y Apèo referido arreglado à los titulos preſentados por vnas, y otras partes, por el de el Don Bartholomè, y ſus hermanos conſta ſe empezò en el camino, que de Malaga và à Comares, camino abaxo haſta el arroyo ordinario, conque ſe hizo preciſſo buſcar eſte lindero, como perpetuo, è inmutable para executar la dicha diligencia con arreglamento à dichos titulos.

32. Y aunque la Doña Maria ha pretendido ſiempre confundir eſte lindero con otro hundidero, que hazen las aguas en aviendo abenidas de los montes, que eſtà dentro de las dichas tierras del Don Bartholomè, y ſus hermanos, eſto es, que el arroyo ordinario, que ſe diò por lindero à ellas en la dicha compoſsicion de el Capitan Martin de Gigèna, no es el arroyo, que paſſa immediato à vn Edificio arruinado de la dicha Heredad de diez y ſeis obradas de viña, y fanega de tierra plantada de ella, que el dicho Don Pedro Alburqueque vendiò à la Doña Maria Laſo en el referido año de catorze, ſino es que el verdadero arroyo, que ſe diò por lindero es el dicho hundidero, que han hecho las aguas dentro de las dichas tierras de el Don Bartholomè, y ſus hermanos.

33. Eſta injuſta, y temeraria idea ſe halla deſvanecida; lo primero con la prueba, que hizo el dicho Don Juan

Maroto en la referida instancia de vista con las deposiciones de dichos ocho testigos respondiendo à dicha segunda pregunta de su interrogatorio; los quales contestes dixeron, que el verdadero arroyo ordinario, que divíde, y siempre ha dividido las tierras de la composicion de el dicho Capitan Martin de Gigèna, y las de la composicion del dicho Juan Gomez de Orellana, es el dicho arroyo ordinario, que baxa immediato al edificio arruinado, q̃ està en la Heredad de dichas diez y seis obradas de viña, y fanega de tierra, que el referido Don Pedro Alburqueque vendiò à la Doña Maria, en cuya possession de ser tal lindero el dicho arroyo ordinario avian estado el dicho Don Juan Maroto, y sus Autores desde el referido año de seiscientos y quarenta y tres, que fue en el que se hizo la composicion por dicho Capitan, dando por razones, las que quedan expressadas *sup. n.* 25.

34. Cuya possession continuada, y observancia subsecuta declara, y dà à entender, que el referido arroyo ordinario, que baxa immediato à dicho edificio arruinado, fue el mismo, que se diò en la dicha cõposicion del referido Capitan por lindero, y divisor de las tierras en ella comprehendidas; y de las tierras de la composicion del dicho Juan Gomez; *Quia talis præsumitur præcessisse concessio, qualis fuit observantia subsecuta* ex cap. *Cum venissent de institutionib. gloss.* verbo *Probatum*, & verbo *Fuisse*, & ex *leg. Testatrix* §. *Plures ex municipibus. ff. Si servit. vindicet.* Baldus *Consil.* 245. *lib.* 3. vbi dicit, *quod ex possessione vasali subsecuta declaratur, quid veniat nomine pertinentiarum Castri, quia posterior qualitas possessionis declarat, quid à principio fuerit intentionis.*

35. Lo qual procede con mayor razon en materia de terminos, y confines, pues en ella la possession *jubat proprietatem*: vt ten. Monte *de Finib. cap.* 52. *num.* 3. *& cap.* 67. *num.* 8. ibi: *Proprietas jubat possessionem, & è converso*: D. Valenz. *dict. Consil.* 100. *num.* 52. Surd. *Consil.* 94. *num.* 37. *&* 78. Decian. *lib.* 3. *Consil.* 124. *ex num.* 12.

36. Además de que el aver vsado el Don Juan Maroto siempre de el dicho arroyo ordinario, que baxa immediato à el referido edificio, por tal lindero, executando lo mismo sus Autores, denota ser el legitimo, y que se diò en la composicion de el dicho Capitan, pues el vso tan continuado es el mejor interprete de las Escrituras, Privilegios, y Sentencias: *vt ex leg.* 6. *tit.* 2. *partit.* 1. *& aliis juris communis legib.*

do-

docent D. Castill. *lib. 5. controverſ. cap. 93. §. 7. per totum.* Præcipuè *num. 6.* & D. Salgad. *de Retent. part. 1. cap. 9. num. 9. & ſeqq.* præcipuè *num. 11. & 12.*

37. Lo ſegundo, con la dicha diligencia, y Apèo hecho por el Receptor en el dicho año de veinte, en el qual cinco Peritos Apeadores, dos nombrados por el dicho Don Juan Maroto, y los otros tres por el dicho Receptor, por la diſcordia, que huvo, conformes afirmaron, y dieron por verdadero lindero à las dichas tierras del Don Bartholomè, y ſus hermanos el dicho arroyo, que baxa immediato à el referido Edificio arruinado, dando para ello razones concluyentes, como fueron, los tres terceros por dezir, y afirmar, que las tierras, conque linda el dicho hundidero, que han hecho las Aguas dentro de las Tierras del Don Bartholomè, y ſus hermanos, eſtàn por la parte del Poniente, y las tierras, conque linda el referido arroyo ordinario, que baxa immediato à el dicho Edificio arruinado, eſtàn en la conformidad, que refiere la Eſcriptura de composſicion del dicho Capitan Martin de Gigèna, que es por la parte de Levante; y vno de dichos terceros dixo, que èl avria tiempo de treinta, y cinco años avia labrado la dicha Heredad de diez y ſeis obradas de viña, y fanega de tierra plantada della, que el referido Don Pedro Alburqueque en el dicho año de catorze vendiò à la Doña Maria, y no viò en dicho tiempo paſsàſſe la labor de dicho arroyo ordinario, que baxa immediato à el dicho Edificio arruinado.

38. Con cuyas aſſertivas, y razones, que dieron para ellas dichos Peritos, tienen el Don Barthòlomè, y ſus hermanos ſuficientemente probada la identidad de dicho lindero, porque las declaraciones de Peritos hazen evidente prueba en qualquier genero de cauſas: D. Salg. *de Reg. protection. part. 4. cap. 10. num. 144.* P. Thom. Sanchez *de Matrimon. tom. 2. lib. 7. diſputat. 113. num. 18.*

39. Lo que es en tanto grado cierto, que aunque los teſtigos, que deponen ſin dàr razon de ſus dichos, regularmente no merecen fee: Anton. Gomez *tom. 3. Variar. cap. 12. num. 9.* ceſſa eſta ſolemnidad en los Peritos, porque ſin darla prueban ſus declaraciones: vt ex plurib. ten. & doc. Hermoſilla *in leg. 56. tit. 5. partit. 5. gloſſ. 6. num. 65.* de tanta eficacia ſon, que ſe debe eſtàr preciſſamente à ellas, aunque huviera teſtigos, que en mayor numero lo contrario depuſieran:

ran: Hermosilla *vbi sup. num.* 25. cum Gratian. Menoch. Surd. Thusc. Cevall. & aliis.

40. Tienen tanta fuerza, que se regùlan, como Sentencias, que determinan la causa, y los Peritos, como Juezes: vt sunt text. *in dict. cap. Quia judicante. 9. de Præscriptionib. & in leg. certi juris.* 17. *C. de Judic.* & docent Gratian. *disceptation. tom. 2. cap. 263. num.* 20. Giurba *ad consuetudin. cap.* 10. *gloss.* 11. Pater Thom. Sanchez *dict. lib. 7. disputat.* 113. *num.* 7.

41. Y por ser esto asi vemos, que en los juycios à los testigos se tachan, mas à los Peritos no, sino que, como à Juezes, se recusan: tenent D. Salgad. *de Regia Proteccion. dict. part. 4. cap. 10. num.* 147. P. Thom. Sanch. *dict. disputat.* 113. *num.* 7. y en el caso, que ay discordia entre los Peritos, que se nombran por las partes, como el pleyto presente, à el Tercero, ò terceros, que nombra el Juez, se ha de estàr precissamente, porque esta es segunda declaracion, y despues de ella no se puede admitir otra, porque de lo contrario resultara la eternidad de los processos: *Cap. Cum in multis.* 11. *de Rescript. in 6. leg. Bona. §. vltim. ff. de Damn. infect.* Felin. *in cap. Propossuisti. num* 21. *de Probationib.* Gratian. *discept.* 600. *num.* 29. & 30. ibi: *Non est ampliùs locus vlteriori electioni aliorum Peritorum ad evitandum processum in infinitum.*

42. Con que concurre, que aviendose cònformado los tres Petitos, que nombrò el Receptor, con los dos nombrados por el Don Juan Maroto, se debe estàr à sus declaraciones, asi por los fundamentos propuestos, como porque se ha de estàr en este caso à aquello, que declara el mayor numero: *leg. 1. §. 1. & §. Si omnes, vel plures. ff. de Ventre inspiciend.* Mascard. *de Probationib. conclus.* 1174. *num.* 41. Y para que no se determine por sus declaraciones es menester se les pruebe clara, y evidentemente faltaron à su obligacion: vt doc. D. Larrea *Allegation. 99. num.* 10. y no aviendo probado la Doña Maria Laso, que los dichos cinco Apeadores faltaron à su obligacion, queda la declaracion de estos acrysolada de cierta, y verdadera conforme à los textos, y autoridades referidas.

43. Lo tercero; porque no se duda, como es literal de la Escritura de la Composicion de el dicho Capitan Martin de Gigèna, se diò por lindero à las dichas tierras en ella contenidas el dicho Arroyo ordinario, el qual, se expressa en

di-

dicha Compoſsicion, lindaba por la parte de Levante con tierras de Franciſco Diaz, que ſon las dichas diez y ſeis obradas de viña, y fanega de tierrra plantada de ella, que el referido Don Pedro Alburqueque vendiò el dicho año de catorze à la Doña Maria, como ſe reconoce de los Autos; es aſsi, que eſtas diez y ſeis obradas de viña, y fanega de tierra nunca han llegado à el referido hundidero, que han hecho las aguas dentro de las tierras de el Don Bartholomè, y ſus hermanos, ni lo han tenido por lindero, como pretende la Doña Maria Laſo, pues lo cierto es, y que no ſe duda, que haſta donde han llegado ſiempre, como ſu verdadero limite, es haſta el dicho Arroyo ordinario, que de el camino de Malaga baxa immediato à el dicho Edificio arruinado: luego ſe haze preciſſo, que el verdadero Arroyo ordinario, que divide las tierras de la Compoſsicion de el dicho Capitan Martin de Gigèna, y las de la Compoſsicion de el Juan Gomez de Orellana, no es el dicho hundidero, que han hecho las aguas, y ſi el Arroyo, que ſiempre ha baxado immediato à dicho Edificio arruinado.

44. Aſſeguraſe la verdad de eſte Argumento de la miſma Eſcriptura de venta de dicho año de catorze, en que el dicho Don Pedro Alburqueque vendiò à la Doña Maria Laſo las dichas diez y ſeis obradas de viña antigua, y fanega de tierra, las quales, ſe expreſſa en dicha Eſcriptura, lindaban con majuelos de la viña, que avia ſido de Juan Bisbach, y en dicho año de catorze las poſſeia el Don Juan Maroto, en quien, como en mejor poſtor, ſe remataron en el concurſo, que ſe formò à los bienes de el dicho Juan Bisbach, de que ſe le otorgò Eſcriptura de venta judicial en veinte y tres de Septiembre de el año de mil ſeiſcientos y noventa y dos, que ſon las dichas treinta y ſeis fanegas de la Compoſsicion de el dicho Capitan Gigèna:

45. Y ſiendo los dichos majuelos, los que eſtàban recien plantados en las tierras, que eſtàn entre el dicho hundidero, que hazen las Aguas, y el dicho Arroyo ordinario, que baxa immediato à el referido Edificio arruinado, ſe infiere ſer eſtas tierras plantadas de dichos majuelos parte de las treinta y ſeis fanegas de la Compoſsicion de el referido Capitan Gigèna; y aſsimiſmo, que ſiendo el referido Arroyo ordinario el limite, y lindero de las dichas diez y ſeis obradas, y fanega de tierra, que ſon parte de las de la Compoſsicion

de

de el dicho Juan Gomez de Orellana, es sin duda, que dicho Arroyo es lindero, y divisor perpetuo de las tierras de vna, y otra Composicion.

46. Lo quarto, y vltimo; por la dicha diligencia hecha por el Receptor, por donde constò estàr todo lo mas del dicho hundidero plantado de viña, lo que no acaece, ni pudiera admitir plantio el dicho Arroyo ordinario verdadero à causa de llevar agua todo el año: y por no suceder esto en el dicho hundidero, se pudo hazer dicho plantio.

47. Sin que à nada de lo que llevamos fundado pueda obstar la probanza, que en dicha instancia de vista se hizo por la Doña Maria Laso con seis testigos, los que respondiendo à la quinta pregunta de su interrogatorio contestes niegan ser el verdadero Arroyo ordinario el que desde el camino, que de Malaga và à Comares, baxa immediato à el dicho Edificio arruinado, y bacia en el Arroyo del Higuerón; lo primero por resultar convencidos de falsos, pues deslindandose las tierras de la Composicion del Juan Gomez de Orellana, *por Levante con el camino, que de Malaga và à Comares, por el Poniente con el Arroyo de el Higuerón, por el Norte con tierras de el Higuerón de la Composicion de Juan Marin Peñalba, y con la Fuente de el Junear, y por el medio dia con vna Cañada, que parte con tierras realengas* (que despues las compuso con la parte de S.M. Francisco Bermudez, y oy las possee Don Juan de Casamayor) *y por la dicha tierra atraviesa vna vereda servidumbre, que sale de las tierras de la Composicion de Andres Gonzales, la que quedaba por servidumbre de todas las tierras de el termino*, segun consta literalmente de la misma Escriptura de composicion de el Juan Gomez.

48. Respondiendo dichos testigos à la tercera pregunta de el referido interrogatorio, todos afirman, que el antiguo, y que es legitimo lindero *contenido en el dicho titulo de Composicion del Juan Gomez de Orellana* es desde el hilo de la loma, que està por baxo de la casa de la Doña Maria Laso, mirando à la Fuente de el Juncar, y por el pecho abaxo en derechura à la dicha Fuente, y desde alli prosigue dicho lindero hasta llegar à vn Arroyo, que nace, y arranca desde el camino de Comares aguas vertientes, hasta desembocar en dicho arroyo del Higuerón; cuyas deposiciones son immediatamente opuestas, y contrarias à la forma, y orden, que se practicò en el Apèo, y deslinde, que se hizo de dichas tierras

en

en la Escriptura de su Composicion del dicho Juan Gomez, como del numero antecedente se manifiesta.

49. Lo qual bastaba, para que dichos testigos no merecieran fee en cosa alguna, de lo que declaran en sus deposiciones, por ser, como es, cierto de derecho, que el testigo, q̃ en vno de los particulares de su deposicion es convencido de falso, se presume, que en los demàs dixo tambien falso, y faltò à la verdad: *Vt ex cap. Pura. 17. caus. 3. quæst. 9.* ibi: *Totam testimonii fidem partis mendatio decolorat*: tenent D. Valenz. *Consil. 121. n. 140. & 145.* Gutierr. *Consil. 39. n. 7.* ibi: *Testi autèm, qui in vno falsò deponit, in reliquo minimè etiàm est danda fides*: Siendo la razon de esta conclusion la que dà el Menoch. *de Præsumptionib. lib. 5. præsumpt. 22. num. 2.* ibi: *Et hujus Sententiæ ea est ratio, quod fundamentum attestationis est ipsa fides, quæ dicitur, esse individua, cum ergo ex perjurio fides violetur, tota ipsa attestatio corruit.*

50. Lo segundo; porque aunque lo referido faltàra, que no sucede, siendo los dichos testigos de tan corta edad, como de treinta y quatro à sesenta y ocho años; y por el contrario los presentados por el dicho Don Juan Maroto de edad tan crecida, como son siete testigos de sesenta à setenta y ocho años, y solo ay vno de cincuenta, no pueden, ni deben merecer aquellos la fee, que estos, por ser presumpcion legal en esta materia de Apèos, y deslindes, que los testigos, que son mas ancianos, se acercan mas à la verdad en sus deposiciones: vt doc. Monte *de Finib. dict. cap. 59. numer. 10. & 11.* ibi: *Et senioribus magis creditur propter vitæ longitudinem, & rerum experientiam, & ideò videntur meliùs scire*: por lo que se debe estàr à las de los testigos presentados por el dicho D. Juan Maroto, y no à las de los presentados por la dicha Doña Maria, conforme *à la ley* 40. *tit.* 16. *partit.* 2. ibi: *Quando ambas las partes aduxessen testigos en juycio, è cada vno de ellos probasse su intenciou, entonce debe catar el judgador, è creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere, que dizen la verdad, ò que se acercan mas à ella*: y à la ley 41. *tit.* 16. *partit.* 3. ibi: *El Judgador debe creer à aquellos, que semejare, què se acuestan mas à la verdad.*

51. Lo tercero; por ser mayor el numero de los testigos de la dicha probanza de el Don Juan Maroto: *ex leg. dict. 41. tit. 16. partit. 3. in fin.* ibi: *E los otros, que dizen el contrario, no sean mas, ò mejores*; y lo quarto; por deponer los testigos

tigos

tigos de la probanza de la Doña Maria de negativa, y los del Don Juan de afirmativa: vt doc. Carlebal. *de Judic. tit. 2. disputation. 3. num.* 18. ibi: *Quoniàm magis creditur vni, vel duobus testibus deponentibus affirmativè, quàm millè aliis deponentibus per negativam*: cum D. Cobarrub. Gamma, Cevall. Garcia, Gutierr. Farinac. Sanch. Riccio, Thusc. & aliis.

52. Y menos obsta, el que por dicha Doña Maria se diga, que en la medida hecha por el dicho Receptor se le avian incluìdo, como parte de la Composicion del dicho Juan Gomez de Orellana, quatro fanegas de tierra suponiendo, que dicha Doña Maria, y Don Juan de Cordoba su hijo las avian comprado de Francisco Marin Peñalba las quales pertenecian à la Composicion del Juan Marin Peñalba:

53. Porque siendo obligacion de la Doña Maria aver probado concluyentemente assi el aver comprado las dichas quatro fanegas del Francisco Marin, como el pertenecer estas à la Composicion del Juan Marin Peñalba: *vt sunt text. in leg.* 31. *tit.* 2. *partit.* 3. & in *leg.* 2. *ff. de Probationib.* & ex text. *in leg.* 2. *C. Eod.* tenet D. Vela *dissertation.* 46. *num.* 5. & *comm. D. D.* no aviendo cumplido con ella la Doña Maria, pues no se encuentra en los Autos ningun genero de prueba, se convence de injusta, y temeraria dicha objepcion.

54. Y aun quando se confessara por cierta la inclusion de dichas quatro fanegas de tierra (que se niega) quedando abundantemente probada la identidad de los linderos, que se dieron à las tierras de la Composicion del dicho Capitan Martin de Gigèna, especialmente ser el dicho Arroyo, que baxa immediato à el dicho Edificio arruinado, que fue casa de la Heredad de dichas diez y seis obradas de viña, y fanega de tierra, que el dicho Don Pedro Alburqueque vendiò à la Doña Maria, el legitimo ordinario, que se diò en la Composicion del dicho Capitan, y el que siempre ha dividido las tierras de esta Composicion, y distinguidolas de las de la Composicion del Juan Gomez de Orellana:

55. Se infiere legalmente, que todas las tierras, que se comprehenden, è incluyen, baxo de dichos linderos, son las mismas, que compuso dicho Capitan Gigèna, y ser propias del Don Bartholomè, y sus hermanos, por la presumpcion general de derecho, de que *quid quid est intrà limites alicujus prædii rustici præsumitur esse, cujus est prædium*: vt sunt text. *in leg. Ædæ Sacra.* §. *Intrà maceriem. ff.* de *Contrah. emption.*

&

& in *leg. In tantum. §. Vniversitas. ff. de Rer. divis*: & tenent Avendañ. *de Exequend. Mandat. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 4. versic. *Constito igitur*: D. Cobarr. *Practicar. cap.* 37. *num.* 1. Mascard. *de Probationib. dict. conclus.* 393. *num.* 15. optimè D. Larrea *allegation.* 69. *ex num.* 1. præcipuè *num.* 2 ibi: *Nàm quod meis finibus continetur, censetur, & præsumitur esse meum*: cum Valasco *de Jur. Emphyteut. quæst.* 8. *num.* 38. Afflictis *decis.* 89. *num.* 2. & pluribus aliis.

56. Por lo que en ningun modo pudiera pretender la Doña Maria se le reintegrara en las dichas quatro fanegas de tierra (que supone se le incluyeron en el dicho Apèo hecho por el Receptor) de las que tan evidentemente resultan ser proprias del Don Bartholomè, y sus hermanos, y que fueron las que compuso el dicho Capitan Gigèna, translineando el dicho Arroyo ordinario, y divisor perpetuo de vnas, y otras tierras, atendiendo la notoria resistencia de derecho, que contiene dicha pretension, pues por èl se previene, que ninguno pueda perder contra su voluntad, y sin su proprio hecho el dominio de sus cosas: vt doc. Barbosa *axioma* 153. *num.* 2. vbi *aliquas congessit leges*: y solo pudiera la Doña Maria aver dirigido su pretension contra otros dueños, y posseedores de tierras cõfinantes à las de la Composicion del Juan Gomes de Orellana.

***

ARTICULO III.

57. FUndado ya en el antecedente, que el Apèo hecho de mandado de la Sala el dicho año de veinte, à que asistiò Receptor de esta Corte, y que se aprobò en el referido dia veinte de Diziembre de setecientos y veinte y tres, està arreglado à los titulos de las tierras, que compusieron dicho Capitan Martin de Gigèna Autor de el Don Bartholomè, y sus hermanos, y Juan Gomez de Orellana Autor de la Doña Maria; passamos à fundar las nulidades, y confusion, que contienen el vltimo Apèo, vista de ojos, y Paño de pintura hechos de pedimento, y à costa de la susodicha.

58. Es la primera averse hecho dicha diligencia, y

Apèo por Peritos, y Terceros recusados por el Don Bartholomè, y sus hermanos, pues consta de los Autos se recusaron los que nombrò el Juez, que se hallò presente à dicho Apèo, por cuyo defecto, es notoriamente nula dicha diligencia, y Apèo: vt *ex leg.* 22. *tit.* 4. *partit.* 3. vbi Gregor. Lopez, & ex plurib. aliis doc. Cevallos *Comm. contr. Comm. quæst.* 680. Escob. *de Puritat. part.* 1. *quæst.* 6. §. 6. *num.* 2. Curia Philipica *part.* 1. §. 7. *num.* 34. D. Salgado *de Retention. Bullar. part.* 2. *cap.* 5. §. 1. *num.* 6. Riccius *part.* 4. *colectan.* 1020. *ex. num.* 1.

59. Pues aunque dicha recusacion no se les quiso admitir à el Don Bartholomè, y sus hermanos con los frivolos pretestos, que resultan de los Autos, como son el averse hecho informacion de si algunos de dichos Terceros eran hombres inteligentes, y si tenian conocimiento de los sitios, y tierras, esto nunca pudo ser causa legal, para la denegacion de dicha recusacion, porque siendo el motivo que tuvieron los susodichos para la recusacion de dichos Terceros, el tenerlos por sospechosos, se debiò conforme à derecho aver admitido dicha recusacion, y superceder en dicha diligencia hasta tanto, que por el dicho Juez se nombraran nuevos Terceros: vt ex Sanchez *de Matrimon. lib.* 7. *dict. disputat.* 113. *num.* 9. docet Hermosilla *in leg.* 56. *tit.* 5. *partit.* 5. *gloss.* 6. *num.* 48. ibi: *Quibus dissidentibus neutra pars obtinebit, sed tertius eligitur à partibus, vel à Judice, qui à qualibet parte, cui suspectus fuerit, poterit recusari.*

60. Sinque obste se diga por la Doña Maria, que dicha recusacion fue general, por lo que no se debiò admitir: atendiendo à que segun reglas legales recusacion general se entiende, y debe entender quando se recusan todos los Peritos de aquella Ciudad, en cuyo termino estàn las tierras, que se vàn à deslindar, ò de todos los Lugares immediatos à ellas, que en este caso es quando la recusacion no es admisible por presumirse sospechosa: vt docent, Bobadilla *in sua Polit. lib.* 2. *cap.* 21. *ex num.* 163. & Cyriac. Niger *controvers.* 373. *num.* 29. ibi: *Ità quoque videtur, quod non possint recusari omnes Periti vnius Civitatis, vbi plures sunt, pro eligendo vno forensi, & ideò Judex debet providere, vel cogendo, vt eligant vnum ex loco, vel ipse ex officio eligere debet*: y no siendo de esta classe la recusacion hecha por el Don Bartholomè, y sus hermanos, pues esta fue terminada à los Terceros, que se avian nombrado, se debiò admitir dicha recusacion.

La

61. La ſegunda; porque aviendoſe mandado por la Sala hazer dicho deslinde no ſolo de las tierras de la Doña Maria Laſo, y las del Don Bartholomè, y ſus hermanos, ſino es tambien de las de el dicho Juan Marin Peñalba, arreglado à los titulos de todas las Compoſsiciones para por eſte medio venir en conocimiento de el cierto hecho; por obſcurecerlo, contraviniendo à lo mandado por la Sala, no ſe quiſo hazer, ni hizo dicho Apèo, y medida de las tierras de el dicho Juan Marin Peñalba, ſiendo aſsi, que era vno de los motivos, en que fundaba el agravio la dicha Doña Maria, el dezir, ſe le avian incluìdo por tierras de la Compoſsicion del Juan Gomez de Orellana quatro fanegas de la Compoſsicion de el Juan Marin Peñalba, ſuponiendo las avia comprado, y ſu hijo de el dicho Franciſco Marin Peñalba, y porque no ſe vinieſſe en conocimiento de ſer incierta la dicha incluſion, ſe omitiò maliciosamente el aver hecho Apèo, y medida de las tierras de el dicho Juan Marin Peñalba, por lo que no ſe puede dudar, que dicha diligencia contuvo nulidad, por no averſe obſervado en ella el orden prevenido por la Sala: *vt ſunt text. in leg. Diligentèr.* 5. *ff. Mandat.* ibi: *Diligentèr igitur fines mandati cuſtodiendi ſunt*: & in *leg. 6.* §. 1. & in *leg.* 8. §. 4. & in *leg* 22. *in fin. ff. eod. tit.* & in *leg. Procuratorem.* 11. *C. eod.* & in *Cap. Cui de non Sacerdotali.* 27. *de Præbend. in* 6. & docent D. Valenzuela *Coſil.* 47. *num.* 15. ibi: *quia forma mandati habet vim legis.* Eſcacia *de Comerc.* §. 2. *gloſſ.* 5. *num.* 372. optimè Roſa *de Executorib. litterar. appoſtolicarum part.* 2. *cap.* 6. *num.* 8. præcipuè *num.* 9. ibi: *Secundò, ſi præter, contra, vel vltrà formam ſibi præſcriptam in litteris delegatoriis procederet, quia tota juriſdictio commenſuratur à forma ſibi tradita, & cum alienam, nempè mandantis, juriſdictionem exerceat, ſecundùm voluntatem ejuſdem debet procedere.*

62. La tercera; porque debiendo averſe hecho Apèo, como tambien ſe previno por la Sala, por el orden, que ſe executò para dichas Compoſsiciones, no ſe obſervò, porque el Apèo de las tierras del Don Bartholomè, y ſus hermanos ſe empezò por las tapias de la Huerta de dicha Doña Ana de Abanze, que eſtà azia la parte del Poniente baxando deſde dicho ſitio à el referido Arroyo del Higueròn; ſiendo aſsi, que ſe debiò empezar en el camino, que de Malaga và à Comares orilla de las ſuertes de Poblacion del dicho Franciſco Garcia, donde ſe puſo el primero mojòn, y continuar haſta buſcar

el

el ſegundo mojõn, ò diſtintivo en el dicho Arroyo ordinario; que fue el orden, y forma, que ſe practicò en la Compoſsicion del dicho Capitan Martin de Gigèna ; lo que no ſe hizo maliciofamente , y à influxos, è inſtancias del Juez, que ſe hallò en dicho Apèo , por dàr lugar à la controverſia, que fomentaron los Apeadores en dicho Arroyo del Higueron , y ſi baciaba en èl el dicho hundidero, que eſtà dentro de las tierras del Don Bartholomè , y ſus hermanos , que jamàs à ſido Arroyo ; y con ſolo el que en frente de dicho hundidero ay vnas tierras muy eſtendidas, que oy llaman las Joyas de Doña Mariana de Mondragòn , dieron por ſin duda , ſer dicho hundidero el referido Arroyo ordinario ; ſin advertir, que la Eſcriptura de Cõpoſsicion del dicho Capitan Gigèna afirma, que dicho Arroyo ordinario bacia en el del Higuerõn frontero de las tierras de Andrès Gonzales, que fueron ſuertes de Poblacion de dicha Doña Mariana de Mondragòn , y que eſtas dichas tierras no ſolo ocupan la frontera de dicho hundidero, ſino es tambien la de dicho legitimo Arroyo ordinario, y mucho mas abaxo de èl ſe eſtienden dichas tierras haſta llegar frente de las de la Compoſsicion de dicho Juan Marin Peñalba, que eſtàn por baxo de las tierras del dicho Juan Gomez de Orellana.

63. Lo que ſe convence de cierto de la miſma Eſcriptura de Compoſsicion del Juan Gomez en la que ſe dize,que deſde las tierras de el dicho Andrès Gonzalez ſale vna vereda ſervidumbre, que atravieſſa las tierras de eſta Compoſsicion; es aſsi, que dicha vereda ſervidumbre ſale por mucho mas abaxo del legitimo Arroyo ordinatio : luego ſe manifieſta ſer cierta la dicha extenſion de las tierras de el Andrès Gonzalez, y por conſiguiente ſer la razon, que dieron los Perìtos nombrados por la Doña Maria, y los Terceros nombrados por el Juez para afirmar ſer el dicho hundidero el legitimo Arroyo ordinario, deſpreciable, como contraria à lo miſmo , que de los inſtrumentos reſulta.

64. La quarta conſiſte, en que aviendo llegado à la dicha Fuente de el Juncar, y diſcordado deſde eſte ſitio para la continuacion de el Apèo los Perìtos nombrados por ambas partes, ſe continuò ſolamente con los nombrados por la Doña Maria , dexandoſe los nombrados por la Doña Maria , dexandoſe los nombrados por el Don Bartholomè, y ſus hermanos ; de que reſultò , que debiendo aver continuado deſ-

desde dicha Fuente por la Cañada arriba hasta llegar à el camino, que de Malaga và à Comares, como manifiesta clara, y distintamente el titulo, y Escritura de dicho Juan Gomez, se fueron à medio pecho arriba por la cumbre de la Loma, que està junto à dicha Cañada, lo que haze, que dexando por valdias tierras plantadas de viña vieja de dicha Composicion, se pretende quitar, y despojar à el Don Bartholomè, y sus hermanos de las que comprehendiò su titulo, y Composicion del dicho Gigèna.

65. La quinta resulta de aver incluido en el Apèo de las tierras del Don Bartholomè, y sus hermanos por de la composicion de el dicho Gigèna vn gran pedazò de tierras de la Huerta de la dicha Doña Ana de Abanze; por lo que aviendose medido dichas tierras desde el referido hundidero hasta los Mojònes, que nuevamente pusieron los Apeadores, resultaron las treinta y seis sanegas; lo que se evidencia, de que aviendose medido las tierras de la Composicion de el Juan Gomez desde el dicho hundidero, hasta la dicha Fuente resultaron, à mas de las cincuenta fanegas, siete fanegas y media de tierra, de que se infiere sin genero de duda, que las tierras, que estàn entre el legitimo Arroyo ordinario, y dicho hundidero, no son ni pueden ser en modo alguno pertenecientes à la Composicion de el dicho Juan Gomez, y sì à la de el dicho Capitan Gigèna.

66. Y para que estas nulidades, y agravios pudieran sostenerse con la confusion, se dispuso el dicho Paño de Pintura tan impenetrable, que no es dado à ninguna inteligencia; lo primero, porque se executò contra las reglas precissas en la figuracion de los sitios, pues ni tiene señalados los tiempos, y no se sabe, segun la postura de los sitios, qual sea Levante, qual Poniente, qual Norte, qual medio dia, con que se ignora azia que lado se refieren los Peritos, quando se explican con estos distintivos de Poniente, ò Levante, y assi de los demàs.

67. Lo segundo; porque dicho Paño, y demarcacion no tiene numeros, ni en los sitios principales, ni en los linderos, con que no se sabe à que parte se traen, por lo que se haze mas obscuro, y no inteligible; y lo que mas es, que debiendo aver figurado los Montes, Simas, Lomas, por no averlo executado no se penetran en èl las distancias de estos sitios, siendo mas advertible, que yendo la corriente de dicho

Arroyo del Higueròn por baxo de la casa de la Doña Maria Laso mirando azia el Norte le trocaron la corriente, echandole por el lado contrario; de modo que es vicioso procurar entender el dicho Paño, antes si con èl se confunden el cierto hecho, y verdad, pues aun no figura los linderos, que son los que dàn regla para las decisiones de dudas de hecho, como son las de este pleyto, por cuyos defectos debe ser despreciado: vt tenet Cardinal. de Luca *de Judic. discurs.* 24. *num.* 8.

68. De que se infiere quan injusto ha sido el despojo, que se ha practicado con el Don Bartholomè, y sus hermanos de la tierra, y viñas, que estàn entre dicho hundidero, y legitimo Arroyo ordinario, que de tan antiguo tiempo há posseido, y sus Autores, como pertenecientes à la Composicion de el dicho Gigèna.

***

ARTICULO IV.

69. Porque en vano, y sin vtilidad de la Republica serìa el ordenar, y establecer Leyes, si los Señores Juezes en la determinacion de los pleytos no las hiziessen executar, arreglandose à lo por ellas dispuesto en las Sentencias, que pronuncian: vt ait text. *in capit. Vnic.* §. *Et quoniàm de Statu Regular. in* 6. ibi: *Et quoniàm parum esset condere jura, nisi essent, qui ea executioni debitè demandarent*: Text. *in leg.* 2. §. *Post originem. ff. de Origin. Jur.* & in *leg.* 15. *tit.* 1. *partit.* 1.

70. Està determinado por las mismas Leyes, que los Señores Juezes en las Sentencias que dàn, y pronuncian en los pleytos ayan de darlas segun lo que en aquel caso està prevenido por ellas, y no por su albedrio: *vt est de Jure notum*, & doc. Bovadilla *in sua Politic. lib.* 2. *cap.* 10. *per totum*, præcipuè *num.* 8. & 39. ibi: *Y assi como los Juezes estàn obligados à saber las leyes, y juzgar segun ellas*: sin que puedan interpretarlas, aunque parezca que en sì contienen dureza; *vt ex leg. Prspexit. ff. qui, & à quib.* docet D. Larrea *decis.* 7. *num.* 4.

71. Si no lo executan assi, y determinan contra las Leyes, no solo es la Sentencia injusta, sino es tambien nula: Text. *in leg.* 1. *tit.* 22. *partit.* 3. ibi: *Pero debe ser à tal, que non*

sea

ſea contra natura,nin coutra derecho de las leyes deſte nueſtro libro.... Cà en qualquier deſtas coſas, ò en otras ſemejantes dellas, todo juicio, que fueſſe dado, non debe valer, nin à nome de juicio : & in *leg.* 3. *tit.* 26. *ead. partit.* 3. ibi : *Contra ley, ò contra fuero ſeyendo dado algun juicio, nou debe valer* : lo que es en tanto grado cierto, que para no ſer, como no es, exequible, aun no ſe neceſsita de apelar para impedir ſu execucion : vt eſt Text. *in leg.* 1. §. 2. *ff. Quæ Sentent. ſine appellation. reſcindant.* ibi : *Item cum contra Sacras Conſtitutiones judicatur, appellationis neceſſitas remittitur.*

72. Y eſtando prevenido por derecho, que el que intenta algun juycio, ò pone demanda, ha de ſer con accion legitima, que para ello tenga, pues eſta es tan neceſſaria, que que ſin ella *nemo agere poteſt* : vt ex Text. *in leg. Si pupilli* §. *Videamus ff. de Negot. geſt.* & in *Cap. Conſtitutis* 47. juncta *gloſſ.* 1. *de Election.* tenet Paz *in Prax. in initio tom.* 3. *num.* 5. ibi : *Imò vſque adeò neceſſaria eſt, vt ſine ea nemo experiri poſsit* : lo que es tan ſin genero de duda, que aun de oficio debe el Juez repeler ſin pedimento de parte à el que demanda ſin accion: *ex Gloſſ. in leg. Ubi pactum. C. de Pact.* & ex Tiraquell. *in leg. Si vnquàm.* §. *Revertatur. C. de Revocand. Donationib. num.* 281. docet Paz *vbi ſuprà. num.* 6. ibi : *Quinimò abſque actione agens officio Judicis ſine partis petitione à judicio repellitur* : & tenet Carleval *de Judic. tit.* 2. *diſputat.* 4. *n.* 27.

73. Eſtando aſsimiſmo, como eſtà determinado por varias leyes, que juntò Barboſa *Axioma* 10. *num.* 2. que no probando el actor concluyentemente ſu intencion, y demanda ſe aya de abſolver al reo, quedando fundado en todo el Articulo primero el notorio defecto de accion, con que ha intentado la Doña Maria ſu demanda, y aunque ſe conſidere como parte legitima, q̃ no lo es, quedando tambien juſtificado no aver probado lo que con tanta temeridad ha pretendido, y antes ſi aver probado ſuficientemente el Don Bartholomè, y ſus hermanos la identidad de los linderos, que ſe dieron à las tierras, que compuſo el dicho Capitan Gigèna, eſpecialmente la de el legitimo Arroyo ordinario, que divide eſtas de las de la Compoſicion de el Juan Gomez;

74. Es ſin duda ſe debe abſolver de la dicha demanda à el Don Bartholomè, y ſus hermanos, confirmar el Auto de la Sala del referido dia 20. de Diziembre del año de 23. en que ſe aprobò el Apèo executado por el dicho Receptor, como arreglado à los ciertos, y verdaderos linderos de vnas;

y otras tierras, declarar por nulo el vltimo Apèo, viſta de ojos, y Paño de Pintura por las nulidades, que quedan fundadas contuvierō, y mandàr reintegrar al D. Bartholomè, y ſus hermanos de la Tierra, y Viñas, de que ſe hallan deſpojados, como proprias de los ſuſodichos, por ſer de las comprehendidas en la Compoſsicion del dicho Gigèna ſu primero Autor.

75. Y que eſto aya de ſer con condenacion de coſtas lo comprueda el que de las Cauſas, que ay para condenar en ellas en los Juycios ordinarios, concurre en nueſtro caſo la de que à el temerario demandante ſe le debe por el miſmo hecho condenar en las coſtas: vt eſt Text. *in leg. 79. ff. de Judic.* ibi: *Eum, quem temerè adverſarium ſuum in judicium vocaſſe conſtitit, viatica, litiſque ſumptus adverſario ſuo reddere opportebit*: ſinque pueda tener lugar la diſtincion de ſi huvo, ò no juſta cauſa de litigar, porque no teniendo la Doña Maria mas titulo que à dichas 44. obradas de viña, y fanega de tierra de toda la Compoſsicion del Juan Gomez, y eſtas eſtàr cavales, como es conſtante, y no ſe duda, no ſe encuentra fundamento legal, con que inculpar la temeraria pretenſion de que ſe le reintegre en tierras que ſupone vſurpadas al todo de dicha Compoſsicion, y aun caſo, que fuera arreglada dicha pretenſion, que ſe niega, no aviendo juſtificado la referida vſurpacion, ni pudiera por ſer incierta, y contraria à la verdad, ſe convence por todos medios la temeridad, y obſtinacion de la injuſticia, que patrocina, y deber ſer la Doña Maria condenada en las coſtas: vt doc. Actor Curiæ Philipic. *tom.* 1. *part.* 1. §. 18. *num.* 9. Verſicul. *Y noteſe*: ibi: *Y noteſe, que el Actor, que puſo la demanda, y no la probò, ha de ſer condenado en las coſtas hechas por el Reo, porque es viſto no tener juſta cauſa de litigar, ſino injuſta*: Idem diſponit *Lex* 36. *tit.* 2. *partit.* 3. que es terminante para eſte caſo:

76. Pues por ella eſtà prevenido, que el actor antes de poner la demanda debe eſtàr cierto, è informado de que probarà aquello, que quiere demandàr, y el que aſsi no lo hiziere es obligado à pagar al demandado todas las coſtas: Ibi: *Cà ſi deſto non fueſſe cierto, ante que comenzaſſe ſu demanda, lo que yudaſſe fazer por ſu prò, tomarſele ya en daño, è en verguenza: Cà avria à pechar todas las coſtas al demandado, è demàs fincaria por deſentendido, comenzando coſa en que non ſopieſſe en ante el recabdo, que tenia para demandarla.*

Por

77. Por eſtos fundamentos han ſolicitado Don Bartholomè, y ſus hermanos ſus defenſas en las Inſtancias antecedentes, y las han continuado en eſta, permaneciendo en ſu pretenſion bien conſiderada, como dixo Ciceron *lib.* 1. *Rhetor.* ibi: *Perſeverantia eſt in ratione benè conſiderata per manſio*: pues lo contrario fuera dexar ſuperfluo el principiado intento de defenderſe: *Quià fruſtrà velocitèr currit, qui priùsquàm ad metas venerit, deficit*: ex Cap. *in Caſſum.* 17. *de Pœnitent. diſtinct.* 3.

78. Y dàn fin, aſsi porque ſu juſtificacion *ad occulum patet*, como por fenecer eſte Informe, cuya brevedad, aunque ſe ha ſolicitado, no ſe ha podido reducir à menor methodo, aſsi porque el hecho de eſte Pleyto es bien dilatado, como por deſvanecer las cabiloſas confuſiones, conque ha pretendido la Doña Maria obſcurecerlo;

79. Teniendo por mas tolerable incurrir en la nota de moleſtos no omitiendo parte de todo lo que ſe ha juzgado conducente à ſu juſticia, que (por afectàr brevedad) incurrir en la reprehenſion de Plinio *ad Cornel. Tacitum lib.* 1. *Æpiſtol.* 20. Ibi: *Frequens mihi diſputatio eſt cum quodam docto homine, & perito, cui nihil æquè in cauſis agendis, vt brevitas, placet, quam ego cuſtodiendam eſſe confiteor, ſi cauſa permitat; alioquin prævarecatio eſt tranſire dicenda, prævaricatio etiam curſim, & brevitèr attingere, quæ ſunt inculcanda, infigenda, repetenda.*

80. De todo lo qual exitan D. Bartholomè, y ſus hermanos ſu juſticia à la mas recta atencion de V. S. eſpetando, atendidas las juſtificadas razones de ſus defenſas, favorable determinacion. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Franciſco Martinez Truxillo.


109
Papeles Vario
115